✠

ALEGACION

POR

DOÑA SALVADORA DE OROZCO

EN EL PLEYTO

CON DON JUAN DE OROZCO,

PRESBITERO,

PREBENDADO DE LA SANTA IGLESIA

desta Ciudad,

SU HERMANO,

Y CON

DON FRANCISCO LOBILLO

COMO PADRE,

Y LEGITIMO ADMINISTRADOR DE LA PERSONA

y bienes de su hijo

DON JUAN MARIA LOBILLO,

TODOS VECINOS DESTA CIUDAD:

SOBRE

LA POSESION DE LOS MAYORAZGOS QUE FUNDò Doña Juliana de Ayala por sì y en nombre de Geronimo de Orozco, su marido, Veintiquatro que fue desta Ciudad: en que se funda la justicia de la dicha Doña Salvadora de Orozco para que se confirme la sentencia del Juez Ordinario.

CON LICENCIA:

En Sevilla, en la Oficina de Don Manuèl Nicolas Vazquez, y Compañia, en calle Genova.
Año de 1782.

A [illegible]

POR

DON SALVADOR [illegible] DE OROZCO

Y [illegible]

DON DON JUAN [illegible] DE OROZCO,

PRESBITERO

PREBENDADO DE LA SANTA IGLESIA [illegible]

SU HERMANO,

CON

DON FRANCISCO LOBILLO

COMO PADRE,

[illegible] DE LA PERSONA

y [illegible] de su hijo

DON JUAN MARIA LOBILLO,

[illegible] DESTA CIUDAD:

SOBRE

LA POSESION [illegible] MAYORAZGOS Q. E FUNDÓ

[illegible] Geronimo de Orozco,

su [illegible], Veinticuatro que [illegible] desta Ciudad: en que se [illegible]

la [illegible] de Don Salvador de Orozco para

que se confirme la sentencia del Juez

Comisario.

CON LICENCIA:

En Sevilla, en la Oficina de Don Manuel Nicolas Vazquez,
y Compañía, en calle Genova.
Año de 1782.

NO creyò jamás Doña Salvadora de Orozco, tener que seguir un pleyto sobre la posesion de los Mayorazgos, que fundò Doña Juliana de Ayala, su tercera Abuela, por sì, y en nombre de Geronimo de Orozco su Marido. Era notorio al tiempo que se verificò la vacante, que no habia mas Descendientes legitimos de los Fundadores, que Doña Salvadora, y su hermano D. Juan de Orozco. Este estaba expresamente excluido por Presbitero en la fundacion, que es la Ley que rige para la sucesion: y èl mismo se tenia por tal, suponiendo incontestable el derecho de su hermana. Los descendientes de los Naturales, que entonces se conocian, no debian inquietarle; porque sobre estar igualmente excluidos, no podian suceder sino en defecto de los legitimos. Mucho menos podia pensar en que D. Juan Maria Lobillo, contradigese su posesion como hijo legitimo de Doña Ramona, que ahora se dice hija natural de D. Juan de Orozco; quando este no habia tenido por justo declararla por tal, siendo ya ella de edad de 35 años. Pero todas estas esperanzas se frustraron, sin embargo de ser tan bien fundadas. D. Juan de Orozco variando de dictamen, entrò en el empeño de oponerse à la posesion de su hermana con tanta tenacidad, que no solo la contradijo por sì mismo, sino que declarò por su hija natural à Doña Ramona, para que ella, ò su hijo D. Juan Maria Lobillo pudiera oponerse tambien.

2. Las ideas de D. Juan de Orozco en esta parte son tan raras, como la variedad con que ha procedido. Luego que llegò à estos Reynos la noticia de la muerte de Don Manuèl Mariano Fernandez de Orozco, Marquès de Saudin, ultimo Poseedor de los Mayorazgos en question, diò la enhorabuena de su sucesion en ellos à su hermana Doña Salvadora, tratandola de *Marquesa*, y le regalò con este motivo un velon de plata, diciendole que era alhaja correspondiente à una *Marquesa*, como confesò bajo de juramento el mismo Don Juan. (1) Esto prueba quan distante estaba de oponerse entonces à la sucesion de su hermana; y de reconocer por su hija à Doña Ramona, para suscitarle otra contradiccion. Pocos dias despues variando de dictamen formò el plan de la oposicion, ò lo que es mas cierto, se rindiò con debilidad al que le formaron. El orden de los hechos manifiesta claramente el impulso, que moviò esta novedad. El primer paso de Don Juan de Orozco, fue declarar à Doña Ramona por su hija natural. Luego contradijo la posesion pedida por su hermana, y pidiò que se declarase haberse transferido al mismo D. Juan: y despues saliò à los autos D. Francisco Lobillo, como Padre de D. Juan Maria, haciendo la misma contradic-

(1) Fol. 91. cap. 1.

diccion y pretension: esto en 13 de Julio de 1780: y en 29 del mismo se desistiò D. Juan de Orozco por justas causas, y bajo de varias protextas: pero en 28 de Septiembre del mismo año, estando los autos para verse, volviò à salir à ellos solicitando se le entregasen: de forma, que no puede estar mas patente, ni ser mas reparable su variedad, è inconstancia. Por no haberse deferido à la entrega de los autos por entonces, porque solo se dijo que de la vista resultaria, ha dicho de nulidad, pero sin fundamento; porque habiendo firmado, como era preciso, el pedimento en que se desistiò, no pudo su nuevo Procurador en virtud de un poder general como el que presentò (2) insistir en la primera pretension del D. Juan, aun caso negado que este pudiera volver à pedir los derechos renunciados, ò salir de nuevo al Pleito, de que se desistiò: y mas quando no firmò el referido D. Juan los pedimentos en que su Procurador pidiò de nuevo los autos.

3. Esto solo bastaba para excluir la nulidad: pero como no hai regreso à las acciones renunciadas, (3) ni el que renunciò un beneficio, puede repetirlo, (4) ni quando aquel, à quien se le ha deferido la posesion de los bienes la repudia, se espera el tiempo prefinido por derecho para darla à los demas à quienes pertenece, antes se admiten estos inmediatamente à la dicha posesion: (5) es claro, que ni el mismo Don Juan de Orozco, ni su Procurador con poder especial pudo volver à salir al Pleito, ni insistir en la pretension, que antes habia deducido. Por punto general es certisimo, que el que cede, ò renuncia su derecho, no tiene regreso à èl, ni puede repetirlo. (6)

4. Dirà Don Juan de Orozco, que se desistiò del seguimiento del Pleito, y continuacion de los autos, y pidiò que no se le tuviese por parte *por entonces, y sin perjuicio de su derecho, y de poder usar del, siempre que le conviniese*: pero como todas estas reservas, ò protestas son contrarias al hecho de desistirse, no le pueden relevar, ni conservar derecho alguno, (7) y no puede negar la contrariedad; porque el separarse del seguimiento del pleyto, y pedir que no se le tenga por parte, se opone derechamente à la protesta de volver à continuar la misma pretension en el mismo pleyto. A ninguno, que litiga, es licito desistirse, de manera que no se le tenga por parte, y volver à serlo quando èl quiera. El ser y no ser parte, son dos cosas contrarias, y no puede hacerlas compatibles la voluntad ò el capricho de los litigantes. Lo menos que se puede decir que renunciò D. Juan de Orozco,

es

(2) Fol. 256. (3) *Textus in leg. quæritur* §. *si venditor ff. de Ædilitio edicto.* (4) *Cap. ex transmissa de renunciatione.* (5) *Textus in* §. *& si intra: Inst. de bonorum possessionibus.* (6) Barbosa *Axiomata iuris: Axiomate* 135. *n.* 12. ubi alios. (7) Rojas *de incomp. p.* 7. *cap.* 4. *num.* 15.

es el derecho que pudiera tener à los Mayorazgos en esta vacante; porque para que no sean incompatibles las protestas con el desistimiento del pleyto, solo pueden aludir à otra vacante.

5. Tambien se ha quejado D. Juan de Orozco en esta instancia de que el pleyto no se recibiò à prueba en la primera: pero no nos dice, ni constan de los autos los hechos, que habia alegados, ò por el mismo D. Juan, ò por su hermana sobre que pudiese recaer la prueba. Ambos litigantes confiesan que son hermanos, como hijos de unos mismos Padres, que lo fueron D. Juan de Orozco, y Doña Isabel de Orozco su legitima Muger: y todas sus disputas se reducen à questiones de derecho, que se han de decidir por la fundacion, y por las Leyes: con que no hubo necesidad de recibir los autos à prueba: ni debiò hacerlo el Juez ordinario; porque quando concluso el pleyto se puede determinar por lo que las partes confiesan, se ha de pronunciar desde luego la sentencia definitiva. (8) Lo mismo que dijo Don Juan de Orozco en sus primeras alegaciones; à saber: que es de la misma linea, y està en el mismo grado que su hermana Doña Salvadora, y que debe ser preferido por su sexo, ha repetido despues, y reproduce ahora; bien que siempre importunamente; porque toda la dificultad dependeria de su exclusion, quando no se hubiese desistido: y para resolver esta duda, no se necesitaban probanzas algunas; porque sobre puntos de derecho no se reciben los pleytos à prueba. En quanto à la que solicita en esta instancia Don Juan Maria Lobillo, se dirà lo conveniente en su lugar.

6. Como à Doña Salvadora de Orozco no se le disputa que sea descendiente legitima de los Fundadores, y està expresamente llamada en el llamamiento general de los hijos y descendientes del primer poseedor, (9) y por otra parte està acreditado su buen derecho no solo por la sentencia de la primera instancia, sino por la Egecutoria de la Sala, en que se declarò pertenecerle la administracion sin fianza; lo que ciertamente no se hubiera declarado, sino se hubiera conocido desde luego su buen derecho, (10) solo tiene que fundar la exclusion de los otros dos pretendientes para que se confirme, como solicita, la sentencia ò auto definitivo de 5 de Octubre de 1780, en que el Alcalde D. Josè Lopez Herreros declarò habersele transferido la posesion civil y natural de los bienes deste Mayorazgo; y le mandò dar la real corporal, *vel quasi*. A este fin, y sin perjuicio de lo que ya và fundado sobre la exclusion de D. Juan de

B Orozco

(8) *Ley 11. tit. 7. lib. 4. de la Recopilacion.* (9) Memorial ajustado num. XXI.
(10) D. Rojas Almansa *de Incomp. disp. 3. q. 7. num. 26.*

Orozco por razon de su desistimiento, se dividirà esta alegacion en quatro partes. En la primera se procurarà fundar que Doña Juliana de Ayala pudo excluir à los Clerigos de orden sacro, Religiosos, &c. y que por consiguiente no puede suceder D. Juan de Orozco como Presbitero. En la segunda: que los Mayorazgos primitivos, de que se trata, no son uno solo, sino dos aunque unidos: y que deberian separarse, quando no subsistiera la exclusion de los Clerigos de orden sacro en el fundado del 3.° de los bienes de Geronimo de Orozco. En la tercera: que aunque no hubiera mas que un Mayorazgo, y ese fundado del tercio en virtud de la Ley de Toro, subsiste la exclusion de los Clerigos y Religiosos, mientras hubiere otros descendientes del Fundador. Y en la quarta: que los hijos naturales, y los descendientes dellos no pueden suceder en estos Mayorazgos, habiendo como hai descendientes legitimos de los Fundadores. En todo se procurarà proceder con la mayor claridad, y evitar la multitud de citas (especialmente sobre principios notorios) que por lo comun solo suelen servir de confusion en semejantes Alegaciones.

PARTE PRIMERA

EN QUE SE PROCURA PERSUADIR QUE DOÑA JULIANA de Ayala usando de la Facultad Real pudo excluir à los Clerigos de Orden Sacro, Religiosos, &c. y que por consiguiente no puede suceder Don Juan de Orozco como Presbitero.

7. LA referida Doña Juliana por una de las condiciones de la fundacion, previno expresamente que no sucediera, ni pudiera suceder en este Mayorazgo *Clerigo de orden sacro, ni Monja, ni Fraile, ni otro Religioso profeso*: (11) y por consiguiente ni en esta ni en otra vacante puede suceder D. Juan de Orozco, por ser Presbitero. Para huir la fuerza desta exclusion ha ideado varios efugios; pero todos ineficaces. El primero se reduce à suponer que la exclusion de los Presbiteros es torpe, y ofensiva en cierto modo à la Religion: lo qual no es asi; porque estas y otras semejantes condiciones y exclusiones, que frequentemente vemos en las fundaciones de los Mayorazgos de España, no se ponen en odio de la Religion, sino en favor de la familia de los Fundadores, y para conservacion della; y asi son licitas; pues aunque en cierto modo parece

(11) Memorial ajustado num. XXIV.

rece que retrahen à los llamados del Estado eclesiastico, como por otra parte les sirven de aliciente para el matrimonio, y propagacion de la Familia, no hai el menor inconveniente en ellas, (12) antes se interesa el Estado en sostenerlas: y el oponerse à estas exclusiones es impugnar las costumbres de la Nacion, y las Egecutorias de los Tribunales superiores. Lo mas es, que la sucesion de los Mayorazgos no conviene à los Clerigos, ni à los Religiosos. (13) En los del Pleyto es mas claro todo esto; porque se fundaron para que la memoria de los Fundadores quedara perpetua en su sucesion. (14) Asi es doctrina corriente, que el que funda un Mayorazgo con facultad Real puede excluir à los Clerigos, y Religiosos descendientes suyos, llamando à sus Parientes transversales; (15) y es una de las diferencias, que comunmente se notan entre los Mayorazgos desta clase, y los fundados en virtud de la Ley 27 de Toro: (16) bien que aun en estos subsiste la misma exclusion, mientras hai otros descendientes, como despues se fundarà.

8. El segundo efugio es que Doña Juliana de Ayala no usò, ni pudo usar de la facultad Real para la fundacion del Mayorazgo del 24 Geronimo de Orozco, su Marido, y por consiguiente se ha de entender este fundado en virtud de la Ley de Toro, à que debiò arreglar los llamamientos, observando en todo el orden prescripto en ella: con lo qual promueve dos questiones una de hecho, y otra de derecho. Aquella es: si Doña Juliana usò efectivamente de la facultad Real para el Mayorazgo, cuya fundacion se le cometiò: y esta: si pudo usar della para este fin. En quanto à la primera es temeridad dudar de un hecho, que consta con repeticion de la misma fondacion. Desde el principio del testamento, que la dicha Doña Juliana otorgò en 14 de Junio de 1634, en virtud de los poderes, que le habia conferido el Veintiquatro Geronimo de Orozco, su Marido, no solo hizo expresa mencion de la facultad Real que à ambos se les habia concedido en 14 de Enero de 1631, sino que la insertò à la letra en el citado testamento, y dijo que lo otorgaba en su virtud: *Y otro si en virtud de la licencia y Real facultad que à dicho Geronimo de Orozco, y à mi la dicha Doña Juliana de Ayala, diò y concediò el Rey Nro. Señor, &c.* (17) Con mas claridad repitiò en otra clausula, (18) que usaba de los poderes y de la facultad Real en quan-

(12) D. Covarrub. *lib. 1. var. cap. 19. n. 11.* D. Molin. *de primog. lib. 2. cap. 12. num. 54.*
(13) *Iiden A. A. iisdem in locis.* (14) Memorial ajustado num XVIII. (15) D. Molin. *loc. sup. cit. n. 55.* D.Castillo *lib. 6. contr. cap. 145. num. 31. versicalo: tertio iiden conveniunt.*
(16) D. Roxas de Almansa *disp. 2. quaest. 3. n. 50.* (17) Fol. 117. b. de los autos.
(18) Memorial ajustado num. XVII.

quanto fuese necesario para la validacion y cumplimiento de lo que la misma Doña Juliana por sí, y en nombre de su Marido dispusiese despues, y no para en mas. Y lo mismo se colige de otras clausulas, y de la Escritura que otorgò en 12 de Enero de 1642.

9. Ni à esto se opone la clausula de la mejora del tercio, y remanente del quinto de todos los bienes que quedaron por muerte de Geronimo de Orozco, en que solo dijo la Doña Juliana, que usaba de los poderes y de la facultad, que por Leyes y Pragmaticas destos Reynos se concede à los Padres para hacer la dicha mejora; (19) porque como el Mayorazgo no se compuso solo della, sino tambien de 11.763.054. mrs. de vn. del caudal perteneciente à Doña Juliana de Ayala, que importan mas de 31μ. ducados, y por otra parte es claro que para la mejora del tercio y remanente del quinto, no se necesitaba la facultad Real, no hubo necesidad de hacer mencion della en la citada clausula, y menos quando ya habia dicho que usaba della en todo lo que fuese necesario para lo que habia de disponer por sí y en nombre de su Marido: y D. Juan de Orozco sostiene que no pudo Doña Juliana excluir à los Clerigos, ni à los Naturales en virtud de la Ley de Toro; pues como no puede negar que los excluyò, es forzoso que confiese que lo hizo en virtud de la facultad Real, y por consiguiente que usò della en esta parte.

10. En quanto à la segunda dificultad, tambien es claro q̃ pudo usar de la facultad Real en nombre de su Marido; porque sobre no haber duda alguna en que el Comisario, à quien se le diò poder para instituir un Mayorazgo, puede fundarlo (20) en el modo y forma que se le comunicò, y se ha de observar el orden que previniere para la sucesion, aunque el testador solo digese que habia declarado su intencion al Comisario, y queria que fundase el Mayorazgo en la forma que le dejaba comunicado, (21) y aun puede hacerlo compatible ò incompatible, regular ò irregular; es cierto que Geronimo de Orozco diò facultad à su Muger en el poder otorgado en el año de 1629. para que pudiese hacer la mejora del tercio y remanente del quinto con qualesquiera cargos y gravamenes, ò sin ellos: ò por via de vinculo y mayorazgo con qualesquier nombramientos y llamamientos de sucesores y poseedores, poniendo en la mejora, vinculo, y fundacion qualesquiera clausulas, gravamenes, y declaraciones, &c. (22) y en el del año de 1632. en que ya habian ganado la facultad Real aprobando y ratificando el anterior, repitiò que

(19) Memorial ajustado num. XVIII. (20) D. Roxas de Almansa *disp. 2. q. 2. per totam.*
(21) *Id. ibid. num. 1.* (22) Memorial ajustado num. X.

que usase del y de todas sus clausulas, y de las facultades en él contenidas sin reserva, ni limitacion alguna, y se lo diò y ampliò de nuevo, para que otorgase su testamento como con ella lo dejaba tratado y comunicado: (23) y quando la comision es tan libre y general como esta, no està obligado el Comisario à guardar las reglas ordinarias de la sucesion de los Mayorazgos. (24)

11. Aquel à quien se dieron estas facultades, ha de ser creido, en quanto declarare haberle comunicado el testador ò Fundador; (25) y aunque algunos quisieron que la declaracion del Comisario fuese jurada, porque en la Ley del derecho civil de los Romanos citada al margen intervino juramento, previenen otros que lo hizo voluntariamente, y sin necesidad el Comisario contenido en ella, para lo qual se fundan en otro texto del mismo derecho, (26) cuya especie es semejante à la del primero, y no se hace mencion alguna del juramento. El Sr. Rojas de Almansa abraza esta ultima opinion, con tal que la declaracion del Comisario no tenga grande è inverosimil repugnancia de hecho, ò de derecho, para lo qual propone varios fundamentos, y entre ellos que tratandose de los Comisarios en muchas Leyes de Toro, y de la Recopilacion, no hai alguna en que se les imponga la obligacion de jurar. (27) De que se infiere que aunque no hubiera mas que la simple declaracion de Doña Juliana de Ayala, debia ser creida en todo quanto dijo haberle comunicado su Marido; y mas quando no hai repugnancia alguna, ni inverosimilitud, en que este quisiese usar de la facultad Real, antes es mui creible que lo comunicase asi; pues la ganò despues de haber otorgado el primero poder para el testamento, mejora del tercio y remanente del quinto, y su vinculacion con qualesquiera llamamientos, gravamenes y declaraciones; y no es de estrañar que no hiciese mencion expresa en el segundo poder de la dicha facultad, quando estaba tan gravemente enfermo, que no pudo firmarlo. (28) Tampoco es inverosimil que quisiese excluir à los Clerigos, Religiosos, &c. quando trataba de fundar un Mayorazgo, para conservar el lustre y memoria de su familia en sus sucesores; y son tantas las fundaciones de Mayorazgos, en que se hacen semejantes exclusiones: y sobre todo Doña Juliana de Ayala declarò la intencion, que ella y su Marido tenian de hacer y fundar el dicho Mayorazgo, y que para ello

 habian

(23) Memorial ajustado num. XII. (24) D. Molin *de primog lib. 2. cap. 5. n. 14 Cum is, cui libera eligendi facultas concessa fuit, nullis successionum, nec maioratuum regulis, nec etiam iuris communis decisionibus adstrictus sit.* D. Roxas de Almansa *loc. sup. cit. num. 13. ubi alios.*
(25) *Textus in leg Theopompus 14. ff. de dote praeleg.* O. Roxas de Almansa *ub. sup. num 3.*
(26) *Lex: quem haeredi 25. ff. de rebus dubiis.* (27) *Ubi sup. à num. 4.* (28) Fol. 117. del pleyto.

habian pedido y se les concediò la Real facultad: que por la brevedad de la muerte deste no se pudo egecutar, ni ordenar como lo habian pensado y determinado en su vida: y que le dejò comunicado y encargado que ella lo pudiese hacer y cumplir; (29) y esto junto con las clausulas de los poderes basta para que se crea que todo lo que dispuso, fue conforme à la voluntad de su Marido.

12. Aunque en otras circunstancias se pudiese aun dudar della, seria temeridad en las del caso presente; porque prescindiendo de la declaracion de la Comisaria, hai una prueba plenisima de que quanto se dispuso en el testamento y fundacion, y por consiguiente en uso de la facultad Real, exclusion de Clerigos, naturales, &c. fue conforme à lo que Geronimo de Orozco comunicò à Doña Juliana su Muger. Aquel previno en el poder de 23 de Marzo de 1629, que lo que esta dispusiese fuese con acuerdo, parecer, y asistencia del P. Fr. Gaspar de los Reyes (Confesor de ambos) y de Martin de Tirapu, y no de otra manera; (30) y en el de 29 de Abril de 1632 repitiò que lo hiciese con parecer y asistencia de los susodichos, y de Fr. Juan de la Cruz, Religioso Descalzo Recoleto de la Orden de San Francisco, (31) y la referida Doña Juliana previno tambien haberle encargado su Marido que comunicase la forma, que en ello hubiese de guardar, con sus Albaceas y Sobrinos Pedro, y Juan Fernandez de Orozco; (32) y todos cinco: à saber: los dichos Fr. Gaspar de los Reyes, Fr. Juan de la Cruz, Martin de Tirapu, Pedro, y Juan Fernandez de Orozco concurrieron con la susodicha al otorgamiento del testamento y fundacion del Mayorazgo, y declararon haberse hecho con su acuerdo, voluntad, y consentimiento, y en conformidad de lo que Geronimo de Orozco tratò y confiriò con ellos, y quiso y ordenò se dispusiese: y asi à mas de la declaracion de la Comisaria, hai una prueba exuberante de que procediò en todo conforme à la voluntad de su Marido.

13. Don Juan de Orozco, y Don Juan Maria Lobillo quieren tambien persuadir que el Fundador previno à Doña Juliana de Ayala en el segundo poder, que no innovase en cosa alguna lo contenido en el primero, y para ello se valen de la clausula final de aquel, (33) en que dijo Geronimo de Orozco que no innovaba en cosa alguna el primero: pero esto no quiere decir que Doña Juliana no habia de exceder en cosa alguna lo dispuesto en èl: lo primero: porque entonces no habia necesidad de otorgar el nuevo poder: lo segun-

(29) Memorial ajustado num. XX. (30) Memorial ajustado num. IX. (31) Numero XII.
(32) Fol. 142. b. del Pleyto. (33) Fol. 116. del Pleyto. Memorial num. XIV.

gundo: porque continuando en la clausula, como està en el pleyto, dice asi: *para todo lo qual, que dicho es, debajo de las clausulas, poderes, y facultades contenidas en el dicho poder, y sin lo innovar en cosa alguna, ahora se lo doy y otorgo à la dicha mi Muger para lo demas aqui contenido con libre è general administracion, y quiero que se estè y pase por el dicho mi testamento, que ansi se hiciere, otorgáre, è que no se vaya contra èl, en todo ni en parte por ninguna via ni causa, que sea.* De que se infiere, que lejos de limitar Geronimo de Orozco las facultades de su Muger à las contenidas en el primer poder, le otorgò expresamente el segundo para todo lo demas que en èl se expresa, y por consiguiente para que otorgase el testamento como con ella lo dejaba tratado y comunicado con asistencia de todas las Personas referidas: y lo tercero: porque ¿còmo se puede dudar que el primero poder se ampliò por el segundo, quando en este dice Geronimo de Orozco: *ahora de nuevo ampliando el dicho poder, se lo doy, è otorgo, &c.* (34)

14. De qualquiera suerte que D. Juan de Orozco, y el que dice ser su Nieto, quieran explicar el genuino sentido destas clausulas, no podran dudar sin notoria temeridad que lo dispuesto en la fundacion, fuè lo mismo que quiso y ordenò Geronimo de Orozco; porque sobre asegurarlo asi Doña Juliana de Ayala su Muger, y Comisaria, con quien lo habia tratado, y con quien habia pedido y ganado la Real facultad, declararon lo mismo otras cinco Personas autorizadas y fidedignas, con quienes el Fundador lo habia comunicado igualmente.

PARTE SEGUNDA.

EN QUE SE FUNDA QUE LOS MAYORAZGOS PRIMITIVOS, *de que se trata, no son uno solo, sino dos aunque unidos: y que deberian separarse, sino subsistiera la exclusion de los Clerigos de orden sacro en el primero.*

15. De la misma fundacion y de los autos de particion à bienes del Fundador de que se ha traido testimonio, (35) resulta que son dos los Mayorazgos. Doña Juliana de Ayala señalò los bienes que habian de quedar vinculados en el primero; (36) y como su valor excedia mucho del importe de la mejora del tercio

y

(34) Memorial ajustado num. XII. (35) Memorial ajustado num. XXXIV. y siguientes. (36) Desde el Fol. 144. del Pleyto.

y quinto de los bienes de su Marido, y legitima del primer llamado, agregò el exceso del caudal, que le tocaba por sus derechos dotales, gananciales y otros, (37) y con efecto consta de los autos de la particion que para cumplir los 32. 345. 260. mrs. que importaban los bienes adjudicados à dicho Mayorazgo, se le dieron del caudal de Doña Juliana de Ayala 11. 763. 054. mrs. vn. (38) que hacen mas de 31ꝟ ducados. Tambien fundò la dicha Doña Juliana otro Mayorazgo de ciertos bienes que señalò en cabeza de su hija Doña Catalina de Orozco para ella y sus descendientes por el orden, y con las condiciones del Mayorazgo principal, previniendo que despues lo poseyera el que fuera poseedor deste; (39) y tuvo efecto esta segunda fundacion que se compuso de la legitima de la dicha Doña Catalina, consistente en 1. 628. 531. mrs., y de 5. 494. 796. mrs. del caudal de Doña Juliana su Madre: (40) y asi no se puede dudar que los Mayorazgos fueron dos, aunque por haberse extinguido la linea de Doña Catalina, se hayan juntado despues en unos mismos poseedores. A Doña Salvadora de Orozco no le perjudicaría que esta union se entendiese desde luego hecha por via de incorporacion; porque estando excluidos los Presbiteros y Naturales, y habiendose usado para ello de la facultad Real, debe suceder sin disputa ni controversia en uno y otro, de qualquiera forma que se considere su union: pero como D. Juan de Orozco quiere persuadir que no se pudo usar de la facultad Real en quanto esta se concediò à Geronimo de Orozco; y por consiguiente para el Mayorazgo fundado de sus bienes, tiene por conveniente Doña Salvadora de Orozco hacer ver que aunque no subsistiera la exclusion de Clerigos y Naturales en virtud de la facultad Real en quanto à los bienes de Geronimo de Orozco, ni ella pudiera sostenerse en fuerza de la Ley de Toro en la forma, que despues se explicarà, no sucederia el Don Juan en el goce de otros bienes que los que se aplicaron al Mayorazgo del caudal de Geronimo de Orozco: y esto à mayor abundamiento, y no porque dude ni por un momento de su derecho a todo lo vinculado sin distincion ni limitacion alguna.

16. A Doña Juliana de Ayala no se le puede disputar que tuvo facultad Real y usò della para todo lo que dispuso de su caudal; y asi los 31ꝟ. y mas ducados que del se adjudicaron al primer Mayorazgo, fueron agregados en virtud della, y lo mismo sucediò con los 14ꝟ. y mas, con que principalmente se fundò el segundo Mayo-

(37) Memorial ajustado num XXV. (38) En el mismo num. XXXIX. (39) En el mismo num. XXIX. (40) En el mismo num. XLI. y siguientes.

Mayorazgo para Doña Catalina de Orozco y sus descendientes: y asi es indisputable la subsistencia de la exclusion de Clerigos y Naturales para con todo el caudal vinculado de Doña Juliana; porque en uso de la facultad Real pudo excluirlos, como arriba se fundò N. 7. con doctrinas de los principales Mayorazguistas: y resta solo hacer ver que sino subsistiese la exclusion por lo respectivo à los bienes de Geronimo de Orozco, deberian separarse los Mayorazgos, dando à Doña Salvadora la posesion de todos los que no fueron deste.

17. El Señor Roxas de Almansa (41) tratò largamente la materia de la union, agregacion, ò incorporacion de un mayorazgo à otro, para dar lugar à varias questiones de incompatibilidad, que con este motivo promueve: y despues de señalar los tres modos, con que comunmente se hacen estas agregaciones: à saber: *per viam incorporationis: accesoriè: & aequè principaliter*: explica quando se ha de entender hecha la union por cada uno dellos: cuya inteligencia recomienda mucho, asi por haber procedido con omision en esta parte los anteriores Escritores, como por la dificultad de entender la mente de los Fundadores, que indistintamente usan de las voces de *union, agregacion*, ò *incorporacion*. A este fin nota entre otras cosas que unas agregaciones son perpetuas, y otras temporales, y su conclusion es (42) que para conocer si la union, ò agregacion se haya hecho *per incorporationem, aut accesoriè, vel aequè principaliter*, deben reflexionarse, y considerarse muchas cosas. La primera: si el agregante tiene potestad de agregar ò no, y si esta sea absoluta ò limitada: la segunda: si lo hace por necesidad, ò en virtud de alguna obligacion ò por su libre voluntad: la tercera: si impone condiciones contrarias y repugnantes a las que puso el Fundador principal, ò si absolutamente no pone algunas: y finalmente dice que se ha de considerar con que mente, animo, è intencion se hizo la agregacion; porque como los actos no pueden obrar fuera de la intencion de los agentes, importa examinar la del agregante para conocer por ella la subsistencia de la agregacion. (43)

18. Pasa finalmente à explicar la materia usando de varios egemplos; que los que hacen à nuestro proposito, son los siguientes.

(41) *Disp. 1. quaest. 13. per totam.* (42) *Loc. cit. num. 9.* (43) *Ibid. num 11: tandem advertendum est, qua mente, quave intentione, & animo agregans agregationem fecerit; si quidem cum actus operari nequeant ultra intentionem agentium, ut de iure nostro varia suadent iura. & primum, & ante omnia mens inspicienda sit: ideo oportet intentionem agregantis contemplari, ut ex ea cognoscatur subsistentia agregationis.*

tes. Primero: quando Marido y Muger en virtud de facultad Real, y de todos ò la mayor parte de sus bienes fundan un Mayorazgo llamando à sus hijos y descendientes, y en su defecto à los Parientes mas cercanos del Marido, y despues à los de la Muger. En este caso dice, que aunque por la fundacion y por el modo de explicarse los Fundadores, parezca que hai un solo Mayorazgo, realmente son dos distintos: uno fundado por el Marido de sus propios bienes: y otro por la Muger de los suyos: pero la union es perpetua y no temporal, y se entiende hecha por via de incorporacion; porque de tal manera se unen los Mayorazgos fundados en esta forma, que no pueden separarse jamás, como quando el agua se mezcla con el vino. El segundo egemplo es mui semejante en el hecho al antecedente: pero realmente mui diverso en el derecho: à saber: quando Marido y Muger en una misma Escritura fundan un Mayorazgo del tercio y quinto de sus bienes, en virtud de la Ley 27 de Toro, y sin facultad Real, y llaman igualmente à sus hijos y descendientes, y extinguidas todas sus lineas, à los parientes mas cercanos del Marido, y en defecto destos a los de la Muger: todo conforme al otro egemplo à excepcion de la facultad Real que en este segundo caso no hubo. En él resuelve el Señon Roxas de Almansa, (44) que hai dos Mayorazgos, uno fundado por el Marido, y otro por la Muger unidos entre si *aeque*, & *principaliter*: pero que esta union no es perpetua sino temporal, aunque los Fundadores digesen que fuese un solo Mayorazgo, y que siempre se poseyese por uno solo.

19. La razon de diferencia consiste, en que en el primer caso los Fundadores en virtud de la facultad Real pudieron faltar al orden de la Ley de Toro, y por consiguiente, aunque llegasen à faltar sus descendientes, no se dividirian los Mayorazgos, y los poseería uno y otro el pariente mas cercano del Marido; y asi sería perpetua la union: pero como en el segundo, aunque quisiesen y dispusiesen esto mismo, no podia tener efecto, por ser contra la Ley, es y se tiene por temporal la union, y faltando los descendientes de los Fundadores, se dividen los Mayorazgos pasando el fundado por el Marido à su Pariente transversal mas cercano, y el de la Muger al que lo fuere della. En que van conformes todos los Regnicolas.

20. De aqui se infiere que para que la union ò agregacion de un Mayorazgo à otro, sea perpetua, ò se entienda hecha por via de incor-

(44) *Ubi sup. num.* 15.

incorporacion, y se haya de observar perpetuamente en la sucesion de ambos lo que se dispuso en la fundacion, es preciso que concurran la voluntad y potestad de los dos Fundadores, y no basta la una sin la otra; porque aunque quisieran y dispusieran expresamente la perpetuidad de la union, no podria esta verificarse, si les faltase la potestad: y por el contrario aunque pudieran mandar y disponer que la union fuese perpetua, no tendria tampoco efecto, si ambos ò alguno dellos no la previnieron, ò dispusieron alguna cosa contraria à la tal union. Y en este ultimo caso estariamos, sino pudiese subsistir en manera alguna la exclusion de los Clerigos, y Naturales para con los bienes del Fundador Geronimo de Orozco; porque entonces la Ley reduciria los llamamientos en quanto a estos propios bienes à el orden prescripto, y pudiera suceder en ellos un Clerigo, ò un hijo natural: pero ciertamente no sucederia en el Mayorazgo fundado por Doña Juliana de Ayala, ni en los bienes que esta agregò al de su Marido; porque nò solo no quiso que sucediesen en ellos los Clerigos y Naturales, sino que los excluyò expresamente, y no se le puede disputar la potestad para la exclusion; pues la tuvo en virtud de la facultad Real que se le concediò, y de que usò. De lo contrario se verificaria el absurdo de una union por via de incorporacion y por consiguiente perpetua, contra la expresa voluntad de uno de los Fundadores; pues seguiria la union de los Mayorazgos en un caso resistido abiertamente por uno dellos. La Ley quando ambos ò alguno de los instituyentes se ha excedido, reduce los llamamientos al orden prescripto en ella, ò à lo que sin ofensa suya pudieron disponer: y como en la hipotesi de que se và hablando, nada habria que corregir en quanto à la voluntad y disposicion de Doña Juliana de Ayala; porque en virtud de la facultad Real pudo todo lo que quiso disponer; de aqui es que quedando firmes todos sus llamamientos y exclusiones, sólo habria que alterar la de los Clerigos y Naturales descendientes del Fundador para con el Mayorazgo fundado de sus propios bienes: y asi si tuviera alguna fuerza lo que opone Don Juan de Orozco à la facultad Real por lo respectivo à los bienes de Geronimo de Orozco, era indispensable la division de los Mayorazgos, para que desta suerte se observase religiosamente lo que Doña Juliana de Ayala dispuso para con los suyos.

21. Lo mismo sucederia para con la agregacion, que hizo el Teniente General Don Francisco de Orozco, Marquès de Saudin, por el testamento, que otorgò en 16 de Enero de 1761, en que

agregò

agregò al Mayorazgo, que poseia, una Hacienda de olivar en la Villa de Tomares, y el Oficio de Medidor de la Ciudad de Ezija con los mismos llamamientos y condiciones que contiene la Escritura de fundacion: (45) porque como entre estas se comprehenden las exclusiones de los Clerigos de orden sacro y de los Naturales, cuya subsistencia no tiene reparo alguno para con el agregante, es evidente que conformandose con ellas quiso que quedasen excluidos desta agregacion todos los que lo estaban por las condiciones de la fundacion del Mayorazgo: y por lo mismo, que queda fundado para con el Mayorazgo y caudal de Doña Juliana de Ayala, aunque no subsistiese la exclusion de Clerigos y Naturales para el de Geronimo de Orozco, subsistiría para esta agregacion; porque la voluntad del Teniente General fue que se observasen y guardasen aquellos llamamientos y condiciones, y por una consequencia necesaria, quiso tambien que se excluyesen los Clerigos y Naturales, como en ella estaban excluidos. Asi no se puede entender perpetua esta agregacion en el caso de que para con los bienes del Mayorazgo de Geronimo de Orozco se alteren aquellas condiciones; porque se verificaría el mismo y aun mayor inconveniente que para con los bienes de Doña Juliana de Ayala; pues no teniendo Don Francisco de Orozco descendientes algunos, pudo disponer libremente de sus bienes, y hacer la agregacion con las referidas condiciones y exclusiones.

22. Como los Mayorazgos fundados por Doña Juliana de Ayala por sì, y en nombre de su Marido fueron dos, y para con el suyo debe subsistir la exclusion, de que se trata, y el Marquès de Saudin no distinguiò à qual dellos hacia la agregacion, porque solo dijo que agregaba la referida Hacienda y Oficio de Fiel Medidor al Vinculo y Mayorazgo, que poseía en esta Ciudad, y habia heredado (*asi se explica*) de sus Abuelos, hai mayor motivo para que en los bienes que contuvo su agregacion, quede firme la exclusion de Clerigos y Naturales, aunque se hubiese de alterar para con los de Geronimo de Orozco por el defecto, que se opone al uso de la facultad Real.

23. Todo esto se ha fundado, como arriba se previno, à mayor abundamiento, y no porque se tema la insubsistencia de la exclusion, porque Geronimo de Orozco no usò por sì mismo de la facultad Real; y mas quando aquella puede y debe subsistir y obrar todos

(45) Memorial ajustado num. XXXIII.

todos sus efectos, mientras hubiere descendientes del Fundador, que no estuvieren excluidos, aun en los Mayorazgos fundados del tercio, y solo en virtud de la facultad concedida por la Ley 27 de Toro, como se pasa à fundar inmediatamente.

PARTE TERCERA.

EN QUE SE PRUEBA QUE AUNQUE NO HUBIERA MAS que un Mayorazgo, y este fundado del tercio en virtud de la Ley de Toro, subsiste la exclusion de los Clerigos y Religiosos, mientras hubiere otros descendientes del Fundador.

24. PARA mayor convencimiento de Don Juan de Orozco y de los fundamentos, de que se vale, se ha de prescindir por ahora, y sin perjuicio de la verdad, de la facultad Real que obtuvieron los Fundadores, y de que Doña Juliana de Ayala usò por sì y en nombre de su Marido; y se ha de disputar la question desnuda de todas estas circunstancias, como sino hubiese mas que un Mayorazgo y ese fundado del tercio sin mas facultad que la de la Ley 27 de Toro: y se procurarà fundar que aun en este caso subsiste la exclusion del Clerigo y Religioso, mientras hubiere otro descendiente del Fundador, como lo es Doña Salvadora.

25. Como todos los AA. Regnicolas estan conformes en que el que funda Mayorazgo en esta forma, no puede excluir absolutamente à los Clerigos, Religiosos, ni Religiosas, à las Mugeres, ni à otros Descendientes suyos; preguntan algunos ¿si subsista la disposicion ò fundacion, en que de hecho se excluyeron, en quanto los llamamientos se hicieron segun el orden de la Ley, y en lo demas se vicie? ¿ò si sin embargo de la exclusion acabados todos los descendientes, ò entre ellos deban suceder los excluidos en su lugar y grado, como sino lo hubiesen sido, y desta suerte subsista y se conserve el Mayorazgo? Todos van conformes en que este no se extingue, y en que los excluidos han de suceder despues de acabados los demas descendientes. Solo el Señor Castillo, (46) que tratò el punto con la difusion, que acostumbra, dudò desta doctrina: pero no se atreviò à resolver la question; porque solo refiere lo que sobre ella digeron distintos Mayorazguistas, (47) y despues de apun-

E tar

(46) *Lib. 5. quot. cont. cap. 99. per totum.* (47) *Ibid. à num. 3.*

tar varios fundamentos para persuadir que los Clerigos, Religiosos, y otros descendientes excluidos en los Mayorazgos fundados del tercio no pueden suceder, hasta que se extingan todas las lineas de los demas descendientes no excluidos; (48) dice que todavia se ha de reflexionar mas sobre el asunto, y propone otros fundamentos para dar alguna probabilidad à la opinion contraria; y sin citar A. alguno, que la haya defendido, concluye diciendo: *quòd cum casus contingat; mature deliberandum erit*: (49) de suerte que no se puede dudar que el Señor Castillo apuntando fundamentos por una y otra parte, dejò la question sin resolver, como confiesa el Señor Roxas de Almansa. (50) De forma que solo decide, è insiste firmemente en que no se vicia la disposicion, ni falta la perpetuidad del Mayorazgo aun en caso de exclusion expresa de los descendientes, que tengan alguna determinada calidad: pero no pudo dejar de sentar que los demas AA. que cita, abrazan abiertamente la opinion de que solo se admiten los excluidos en defecto de todos los demas descendientes, (51) y la califica con repeticion de mui probable.

26. Lo que no se puede componer facilmente es, que confesando el Señor Castillo que los AA. que cita, que son el P. Molina, Don Cristoval de Paz, Andrès de Angulo, y otros defienden que los descendientes excluidos solo han de suceder en el ultimo lugar, y despues de extinguidas las lineas de los demas descendientes del Fundador, llame nueva duda y hasta entonces no excitada à la question, que sobre esto promueve: si ya no se dice que la llamò nueva, porque los demas no excitaron question en forma proponiendo fundamentos por una y otra parte, sino manifestaron de paso y por incidencia de otras questiones la resolucion de la presente: bien que aun en estos terminos es dificil de sostener que los demas AA. no la habian disputado. De qualquiera suerte que esto sea, como Doña Salvadora de Orozco espera que su hermano Don Juan se valga de los fundamentos, que apuntò el Señor Castillo para dar alguna probabilidad à la opinion contraria, le es preciso detenerse à hacer ver la verdad, con que èl mismo confiesa que los AA. que expresamente ò por incidencia de otros trataron deste punto, sostuvieron la exclusion de los Clerigos, Religiosos, &c. en favor de

(48) *Ibid. num. 9. vers. tunc autem novum dubium.* (49) *Ibid. num. 12.* (50) Disp. 2. q. 3. num. 8. ibi: *ausus non fuit decidere, atque ita irresolutam relinquit.* (51) D. Castillo *loc. sup. cit. num. 12: & eam amplectuntur aperte ipsimet Auctores, quos supra recensui, nec dictas personas ad succesionem admittunt, nisi in defectum omnium descendentium, etiam remotioris lineae, & gradus; quibus praelatio sicut expressè dari potuit, & tacitè concessa videtur, aut videri potest verisimiliter.*

de los demas descendientes del Fundador: de manera que solo hayan de suceder los excluidos despues de extinguidas las lineas de todos los otros descendientes: y exponer los fundamentos desta resolucion, à que no se cree que se haya opuesto alguno de nuestros Regnicolas.

27. Aunque el Señor Molina en su obra principal (52) dijo solamente que en el Mayorazgo fundado del tercio y sin facultad Real, no podian los Padres excluir à sus descendientes Religiosos, Clerigos, ù otros semejantes, previno despues en sus Anotaciones, (53) que podian excluirlos, aunque fuesen hijos del ultimo poseedor, à favor de otros parientes transversales deste mismo, con tal de que fuesen descendientes del Fundador; porque la Ley de Toro solo prohibe que se excluyan los descendientes, y admitan los transversales: pero no quita al Padre la eleccion entre todos sus descendientes. D. Cristoval de Paz (54) tratando destos lugares del Señor Molina, dice que en el segundo se interpretò à si mismo, declarando lo que oscuramente habia dicho en el primero: que lo cierto es, que la exclusion de un descendiente solo irrita el llamamiento de los transversales; pero no el de otros descendientes, que pudieron ser llamados y preferidos al excluido, y que no juzgò lo contrario el Señor Molina.

28. El mismo Don Cristoval de Paz mueve despues la question de si el grado de la sustitucion, ò llamamiento invalido, porque se faltò à la forma de la Ley, se tenga desde luego por nulo, ò solo se haya de declarar por tal, quando suceda el caso de haberse de faltar à la forma de la Ley, si se observase el tal llamamiento; (55) y proponiendo el exemplo de que habiendo llamado el testador à algunos descendientes, omitiò ò excluyò à otros en favor de los transversales; resuelve que no se ha de rescindir inmediatamente el llamamiento destos, sino quando llegue el caso de que no haya mas descendiente que el excluido; lo que funda con mucha estension en el largo pasage, que copiò el Señor Castillo. (56) En èl propone tambien el mismo caso deste pleyto: à saber: quando el Padre llamò à sus hijos y descendientes, excluyendo à algunos, como à los Clerigos y Religiosos, prefiriendo à los transversales; y

(52) *De primog. lib. 2. cap. 12. num. 53. & 55.* (53) *In Adnot. num. 10: similiterque posse excludere filios, ac descendentes ultimi possessoris Religiosos, Clericos::: propter alios agnatos, vel cognatos eidem ultimo possessori transversales, dummodo à primo institutore descendant. Lex namque Tauri solùm prohibet quod descendentibus exclusis transversales ad meliorationem admittantur, non autem parenti inter suos descendentes electionem denegat.* (54) *In scholiis ad leges Stili lege* 200. *num.* 124. (55) *Idem ibid. à num.* 150. (56) D. Castillo *loc. sup. cit. num.* 5.

y resuelve que si vive algun descendiente llamado, no puede suceder el excluido, y solo podrà tener lugar su sucesion, quando no haya quedado ningun otro descendiente: de manera que la preterición ò exclusion serà valida ò invalida segun la ocurrencia de los casos. Concluye pues que no se ha de sostener que el Clerigo y otros semejantes no se pueden excluir; porque esto depende de las circunstancias ò accidentes posteriores. Si concurren el Clerigo ù otros descendientes excluidos con un transversal, no se sostiene la exclusion: pero si, quando concurren con qualquiera otro descendiente del Fundador.

29. Ultimamente mueve Don Cristoval de Paz (57) otra question tan semejante à la pasada, que aunque bajo de diversas voces parece en sustancia la misma, y de qualquiera suerte es la del pleyto: à saber: ¿si el descendiente omitido ò excluido se prefiera à otros, ù obtenga el ultimo lugar? Y asegura (58) que de ningun modo puede concurrir con el descendiente llamado: que solo ha de ser preferido à los ascendientes y transversales, y no à los descendientes llamados: lo qual estrecha tanto, que sostiene esta misma resolucion, aunque el descendiente sustituido ò llamado fuese Religioso, Muger, ò furioso, y el excluido varon, secular y primogenito; y se funda en que la Ley, que suple el llamamiento, constituye al descendiente omitido ò excluido en aquel grado y sustitucion, que no le pudo quitar el Fundador segun la forma de la Ley de Toro: y no en lugar y grado, de que el instituyente le pudo privar: porque como entonces se admite al excluido en fuerza de la Ley, y no por la voluntad del Fundador, se observa y guarda esta, mientras puede subsistir sin ofensa de aquella: pero quando la Ley lo repugna, de nada sirve la exclusion: y asi el excluido nunca se puede entender llamado con aquellos, que le pudieron ser preferidos, sino solo con los que no lo pudieron excluir, teniendo entonces la preferencia destos ultimos. A vista de tan solidos fun-

(57) *Ibid. à num.* 165. (58) *Ibid num.* 166: *constanter asserimus filium vel descendentem omissum, vel exclussum, nullatenus concurrere posse cum descendenti vocato, & substituto, sed solum praelationem habebit inter omnes ascendentes, & transversales, non tamen substitutis descendentibus praeferendus erit, licet substitutus nominatus, & vocatus eset Monachus, vel faemina, vel furiosus, & exclusus esset masculus, laicus, & primogenitus: lex enim, quae eius vocationem supplet, eum constituit in eo gradu, substitutione, & vocatione, quam institutor primogenti ei tollere nequit secundum formam dictae legis 27. Non tamen eum collocat in eo loco gradu, & substitutione, qua instituens eum privare potuit, admititur enim praedictus filius exclusus leg. 27. provisione, non verò disponentis voluntate, dum haec igitur absque iuris laesione, semper a lege conservatur; quando verò lex repugnat, nihil operatur exclussio, & ideo hic exclussus inclusus manere non potest cum iis, qui ei praeferri potuerunt, sed solum cum illis, qui eum excludere nequiverunt, & inter hos habet primum locum, & gradum substitutionis.*

fundamentos y de otros, que consultando la brevedad se omiten, porque pueden verse en el Autor citado, se conocerà el justo motivo, con que arriba se estrañò que el Señor Castillo digese que està era una nueva duda no excitada hasta entonces.

30. Andres de Angulo (59) resuelve lo mismo en pocas palabras; pues dice que si el que funda Mayorazgo conforme à la Ley de Toro, pusiese la condicion de que no sucediesen en èl las hembras, Clerigos, ò Religiosos, no valdria la tal condicion sino en favor de aquel, que pudo ser preferido por el Fundador; de que se infiere necesariamente que vale la exclusion en el Mayorazgo deste pleyto en favor de Doña Salvadora de Orozco; porque pudo ser expresamente preferida, sin faltar al orden de la Ley de Toro. El mismo Autor (60) haciendose cargo deste orden y de que induce forma sustancial, previene que aquel consiste en los cinco llamamientos, que en la Ley se prescriben; y en que mientras hubiere personas de las contenidas en el uno, no se puede pasar al otro: y que aunque se contravenga en algo, no por eso se anula la disposicion; porque esto se ha de entender segun las reglas de derecho, de manera que no se vicie lo util por lo inutil: y por consiguiente no se anula en el todo el orden contrario dispuesto por el testador, (61) sino en quanto excediò los limites prescriptos en la Ley.

31. El Padre Luis de Molina (62) despues de suponer con el Señor Molina, que en los Mayorazgos del tercio no pueden ser excluidos los Clerigos, Religiosos, &c. ocurre al mismo lugar de las adiciones, en que este explicò su mente, y previene que esto se ha de entender de la exclusion omnimoda; de manera que no se guarde el orden de la Ley, pero no dentro de los limites della: à saber: que si vive otro descendiente del Fundador, no suceda el que tenga las calidades contenidas en la exclusion.

32. Ultimamente el Señor Roxas de Almansa (63) es de la misma opinion que Don Cristoval de Paz y los demás que van citados;

 por-

(59) Ad leg reg meliorat. leg. 11. glos. 4 num. 9. secundæ editionis: *similiter si apponeretur conditio quod in tali vinculo ordinato secundum vocationes huius legis* (27. Tauri) *non succedat fœmina, Clericus, aut Monachus, non valeret conditio nisi in favorem eius, qui à testatore potuit expressè praeferri.* (60) Ibid. num. 14: *hoc uno observato, quod non deveniatur ad alium gradum ex expressis in lege, staatibus personis gradus praecedentis. In hoc enim consistit totus ordo legis. Quo praetermisso, licet textus iste in illis verbis*: y que de otra manera: *videatur omnia subvertere, intelligendus est secundum iuris regulas: ut utile per inutile, in quantum de iure possit, non vitietur.* (61) Ibid. num. 15: *atque ita contrarius ordo testatoris in substitutionibus tertii, non anullabitur in totum, sed in quantum ordinem huius legis excesserit. Quod potius videntur significare verba legis*: y que de otra manera: *quibus solùm anullatur excessus.* (62) Tract. 2. disp. 612. num. 12: *quod intellige de omnimoda exclusione, ita ut ordo in ea lege praescriptus non servetur: secus verò intra limites eius ordinis, ut scilicet, si alius descendens primi instituto-ris existat, non succedat descendens, qui eis qualitatibus sit affectus.* (63) *Disp.* 2. *q.* 3.

porque aunque no toca la question ex profeso, se infiere necesariamente de la resolucion de otra, que confiesa ser semejante à ella. Pregunta ¿si el Padre, que funda Mayorazgo del tercio en virtud de la Ley 27 de Toro, pueda hacerlo incompatible? y se declara por la afirmativa. El primer argumento que se propone, es que en este caso no puede el Fundador excluir à los Clerigos y Religiosos, que sean descendientes suyos: de que se sigue que tampoco puede hacer el Mayorazgo incompatible; porque esto es lo mismo, que excluir de la sucesion al hijo ò descendiente, que tenga otro Mayorazgo; pues tal es el efecto de la incompatibilidad; y en caso de verificarse, pasaria el Mayorazgo à los naturales, ò transversales contra el orden de la Ley. Despues de resolver sin embargo desto y otros argumentos que el Padre puede hacer el Mayorazgo incompatible, expresa que Don Hermenegildo de Roxas supone esto como cierto, pero no lo prueba; y que por otra parte ha visto que el Señor Castillo en el lugar citado arriba propone otra question casi semejante à esta (explica la del pleyto en los mismos terminos que el Señor Castillo) y la dejò por resolver; y que por tanto ha tenido por conveniente exponer los motivos de la opinion del Roxas. Con efecto propone seis fundamentos que algunos dellos se pueden aplicar à nuestra question; y pasando despues à responder al argumento primero, (64) dice que hai dos generos de exclusion: una perpetua y absoluta, y otra temporal y respectiva; y que en esta ultima prefiere el Fundador los unos descendientes à los otros: pero no impide que en falta de todos los demas sucedan los que respectivamente fueron excluidos: y que conforme à esta distincion se ha de entender la Ley de Toro: à saber: que no puede el Padre excluir absolutamente à las hembras, ni à otras personas; pero si preferir los seglares à los Clerigos y Religiosos, y los varones à las hembras, y mandar que los Clerigos, Religiosos, y Religiosas no sucedan, mientras hubiere otros descendientes seglares. (65) Con esta distincion y explicacion dice se ha de responder al argumento, y advierte que si sucediere el caso de que solo viva un descendiente del Fundador entonces se suspende la incompatibilidad, y sucede en el Mayorazgo, aunque posea otros.

33. De aqui se infiere que asi como la exclusion, que proviene de la incompatibilidad, no es ni se puede entender perpetua, aunque el

(64) *Ubi sup num.* 19. (65) *Loc. sup. cit: videlicet quod pater nequeat absolutè excludere fœminas, nec alias personas; verùm potest praeferre laicos Clericis, Monachis, & Monialibus, & masculos fœminis; & iubere quod Clerici, Monachi, & Moniales non succedant, dum adfuerint alii descendentes laici.*

el Fundador la establezca como tal, sino temporal, y mientras hubiere otros descendientes suyos; del mismo modo se ha de entender tambien temporal y respectiva la exclusion de Clerigos y Religiosos y otros descendientes del Fundador, aunque este los excluyese absolutamente y sin limitacion alguna: y asi en ambos casos se ha de guardar lo dispuesto por el Fundador, mientras se pueda, sin contravenir à la Ley, no sucediendo en el Mayorazgo el excluido, mientras hubiere otros descendientes, y si en el caso de no haberlos: y de otra forma no se puede componer la semejanza de las dos questiones ni el motivo, que tuvo el Señor Roxas de Almansa para fundar la opinion de que puede el Padre, que funda Mayorazgo del tercio, hacerlo incompatible; porque el Señor Castillo no resolvió la question de nuestro caso.

34. Tratando despues de las diferencias, que se notan en los Mayorazgos fundados en virtud de la Ley de Toro respecto de los que se fundan con facultad Real, (66) dice que en este ultimo caso y no en el primero se pueden excluir à los Religiosos, Clerigos, y otras Personas: pero nota que esta diferencia se ha de entender en el modo y forma, que queda explicado: esto es: que no puede el Padre excluir *absolutè*, *& omnino* à los hijos y descendientes Clerigos y Religiosos, sino solo comparativamente, y mientras hubiere otros hijos y descendientes à quienes pueda llamar: pero que si llegare el caso de faltar todos ellos, y solo sobreviva algun hijo Clerigo ò Religioso, ha de suceder en el Mayorazgo fundado del tercio sin embargo de semejante exclusion. (67) Con esta ultima explicacion se cierra la puerta à qualquiera siniestra inteligencia que se quiera dar à las anteriores; porque aunque se diga que en la fundacion del Mayorazgo del pleyto se excluyeron absolutamente los Clerigos de orden sacro, y que esto es lo mismo, que dice el Señor Roxas de Almansa no se puede hacer sin facultad Real, explica ultimamente que la exclusion se ha de entender comparativa; y por lo mismo añade que sin embargo della ha de suceder el Clerigo, ò Religioso excluido, si sobrevive à todos los demas descendientes. De lo contrario no diria que habia de suceder *non obstante tali exclusione*: pues si la sucesion del Clerigo ò Religioso, de que trata en este lugar, solo se hubiera de verificar despues de los de mas descendientes quando el Fundador expresamente dispuso que todos los

segla-

(56) *Ubi sup. num. 50.* (67) *Ibid: verùm si perveniat casus, quo omnes filii & descendentes legitimi defecerint, & solùm supersit aliquis filius Clericus, Monachus, aut Monialis, in maioratu ex tertio bonorum succedet, non obstante tali exclusione.*

seglares fuesen preferidos à los Eclesiasticos, ò que excluia à estos, mientras viviese alguno de aquellos, no habria question alguna, que disputar, ni seria necesario interpretar su voluntad, ni corregirla por la Ley; ni se pudiera decir con propiedad que siendo el Clerigo ò Religioso el ultimo de los descendientes del Fundador babia de suceder *non obstante tali exclusione*; pues en aquel caso lejos de haber exclusion, habria formal llamamiento.

35. Todo esto es conforme à razon y à los principios mas notorios de derecho; porque fuera de los que ya se han sentado refiriendo los fundamentos de los AA. es principio cierto que el acto ò disposicion, que no puede sostenerse en la forma que se hace, debe valer del modo que se pudo hacer, quando hai voluntad, aunque sea presunta de parte del disponente; pues no se presume que ninguno quiera hacer un acto frustratorio, ni que elija un medio, por donde se destruya lo mismo, que intenta hacer; (68) y por consiguiente aunque el Padre que funda Mayorazgo del tercio sin facultad Real excluya à algunos descendientes suyos, se ha de sostener su disposicion en el modo que puede subsistir, que es mientras hubiere otros descendientes, que no tengan la calidad de los excluidos; porque por una parte consta claramente que quiso mas que à estos à todos los llamados; y por otra es evidente que quiso tambien que su disposicion fuese perpetua; y solo se pueden componer ambas cosas entendiendo temporal y respectiva la exclusion, y sucediendo los descendientes llamados mientras los hubiere, y despues los excluidos. Si el testador hubiera previsto que no podia subsistir su disposicion, sin que los Clerigos y Religiosos sucediesen en algun tiempo, es claro que hubiera mandado que sucedieran; y tambien lo es que seria en el ultimo lugar, y despues de todos los demas descendientes; porque el que llamò à estos, y excluyò expresamente à aquellos, quiso sin duda que fuesen preferidos los llamados à los excluidos; y asi no se puede negar que hai voluntad, por lo menos presunta, de que el acto se sostenga del modo, que puede subsistir; porque aunque èl fuese nulo è invalido, prueba y demuestra la voluntad del testador, del mismo modo que si fuese valido y firme. (69)

36. Por estos mismos principios se reducen à lo justo muchas disposiciones y contratos, sin embargo de que en ellos se haya contravenido à la Ley. El Padre, que pasaba à segundas nupcias, no podia

(68) *Textus in leg. 3. ff. de milit. testam. Leg. haec stipulatio §. Divus ff. ut legatorum, seu fideicommissorum nomine caveatur.* (69) *Gomez lib. 1. vari. cap. 3. n. 32. & ibi Ayllon n. 42.*

podia segun el derecho civil de los Romanos dejar à su Muger mas que à uno de sus hijos: pero si excedia la cantidad señalada por la Ley, no se anulaba en el todo el acto, sino se reducia à la porcion permitida. (70) La donacion tampoco se anula en el todo por el exceso, sino se reduce à los 500 sueldos. (71) En la creacion de los Censos no se pueden poner pactos ni condiciones en que directa ò indirectamente se disminuya su precio; y aunque se pongan, no se vicia en todo el contrato, sino se sostiene del modo, que puede valer. (72) Las Leyes Reales mandan que las ventas y contratos de censos, que se hicieren à menor precio del establecido en ellas, sean en sì ningunos y de ningun valor.: (73) y sin embargo es innegable que si hoi se impusiese un censo redimible à menor precio del determinado por la ultima Real Pragmatica (à 30g. el millar por egemplo) se reduciria à lo justo: esto es: à los terminos, en que se puede sostener, y no se anularia en el todo. (74)

37. En la misma materia de Mayorazgos es certisimo, que si el Fundador en virtud de facultad Real no dejò à los demas hijos los alimentos competentes, que en ella se previenen, y por consiguiente contravino à la misma facultad, en que se le mandò asi; no se anula por eso el Mayorazgo, sino se señalan por la Justicia los alimentos, que èl debiò dejar à los hijos no llamados en primer lugar. (75) Finalmente por estos mismos fundamentos, aunque el Fundador varie el orden de las sustituciones ò llamamientos de la Ley de Toro, se reducen à ella misma, y no se anula la disposicion, como confiesan todos: pero esta reduccion solo se hace en el exceso, de manera que se guarda la voluntad del Fundador, y las exclusiones que dispuso dentro de los limites de su potestad, y como es indisputable que la tuvo para excluir à algunos descendientes, quando hubiese otros, se sostiene la exclusion, mientras efectivamente los hai. En una palabra la Ley sostiene todo lo dispuesto por el Fundador, mientras es compatible con lo que ella manda, y solo corrige y rectifica su voluntad, quando no se puede sostener sin ofensa della misma: por eso deben suceder todos los descendientes llamados; porque el testador pudo preferirlos, y es claro que los prefiriò por el mismo hecho de llamarlos: pero como si extinguidas las lineas dellos entrasen à la sucesion los transversales,

 exis-

(70) *Textus in Authent. Hac Edictali C. de secund. nupt. & ibi repetentes omnes.*
(71) *L. Sancimus in princip. C. de donat.* (72) Ioan. Gutierrez *in pract. ad leg. Rec. part. 2. q. 176. per totam.* (73) *LL.* 6. 8. 12. & 15. *tit.* 15. *lib.* 5. *Rec.* (74) Avendaño *de censib. cap.* 36. *per totum.* Rodriguez *de annuis red lib.* 1. *q.* 7. *per totam.* (75) D. Castillo *de alim. cap.* 36. *num.* 83. D. Molin. *de primog. cap.* 15. *à num.* 28.

existiendo aun algunos descendientes aunque excluidos, se contravendria al orden establecido, corrige entonces, y no antes, el exceso del Fundador: y esto es lo qne se convence con las doctrinas arriba citadas, y especialmente con la autoridad de Don Cristobal de Paz.

38. Y se comprueba, con que aun en el caso de ser legitima y absoluta la exclusion de los Parientes del Fundador, como lo es quando este pudo y quiso excluirlos, suceden estos en defecto de otros; porque en los Mayorazgos de España no es cierta la regla de que el excluido una vez, se entiende excluido siempre, (76) sino la contraria de que toda exclusion se presume temporal y no perpetua, para salvar a si la perpetuidad del Mayorazgo. De que se infiere que con mayor razon se habrà de observar esto mismo quando el testador excluyò à los que no pudo, como son los descendientes, y entrar los excluidos à la sucesion faltando otros de su mismo orden: esto es: en defecto de otros descendientes, y antes de pasar la sucesion à los naturales, ascendientes, ò transversales.

39. Acaso en defecto de otros se valdrà Don Juan de Orozco de los AA. que tratando en general de la Ley de Toro, y del orden sustancial establecido en ella, sientan que no se puede contravenir à èl: pero esto no se niega, ni es la question del dia. De lo que se trata unicamente es de saber si en el supuesto de haber excluido expresamente el Fundador à los Clerigos y Religiosos contraviniendo à la Ley, se ha de tener desde luego por absolutamente nula, ò por no escrita esta exclusion, y los Clerigos y Religiosos hayan de suceder en el mismo lugar y grado, en que sucederian, sino hubieran sido excluidos: ò si por el contrario solo se haya de corregir por la Ley aquello, en que se excedieron los Fundadores, que consistiò en preferir los transversales à algunos de los descendientes, por ser Clerigos ò Religiosos, y por consiguiente solo hayan de suceder estos despues de todos los demas descendientes del Fundador, y antes que los transversales: pero en estos terminos pocos ò ningunos hallarà D. Juan de Orozco, que le favorezcan.

40. Sin duda se valdrà de los motivos, que propuso el Señor Castillo por la opinion contraria, que nadie ha sostenido: pero por esto mismo, y porque no convencieron ni à su propio Autor, no es razon detenerse en ellos: fuera de que quedan enteramente satisfechos con los fundamentos que exponen los demas AA. El principal

(76) D. Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 23. Aguila *ad Rojas p.* 1. *c.* 2. *num.* 13.

pal de los del Señor Castillo se reduce à que las palabras de la Ley de Toro: *con tanto que lo hagan*: induce condicion, que debe cumplirse especificamente, y constituyen forma, que se juzga sustancial: que en ella hai decreto irritante: *y que de otra manera no puedan poner gravamen alguno ni condicion en el dicho tercio*: de que infiere que siendo el acto nulo, como sino se hubiese hecho, parece que los descendientes excluidos deben suceder en el mismo lugar y grado, que sucederian, si el Fundador no los hubiera excluido: pero todo ello se ha de entender, como ya se dijo n. 30. con Andres de Angulo, segun las reglas de derecho., y de manera que no se vicie lo util por lo inutil: y esto y no otra cosa significan segun el mismo Autor las palabras, en que se quiere hallar el Decreto irritante: à saber: que solo se ha de anular el exceso: y como este solo consiste en la preferencia de los transversales, y no en la de unos descendientes à otros, solo se anula aquella y no esta: y no desde luego, sino quando segun las exclusiones y llamamientos, que parecen de la fundacion, llegaría el caso de suceder los transversales, viviendo alguno de los descendientes excluidos. Es verdad tambien, que el orden de las sustituciones ò llamamientos de la Ley se requiere *pro forma*: *con tanto que lo hagan*: pero esta es una forma modal, que solo obliga à su observancia; (77) y asi solo se anula aquello, en que se contravino al orden prescripto por la Ley, y no se puede sostener conforme à ella.

PAR-

(77) Andres de Angulo loc. sup. cit. num. 16. *Pro quo etiam facit, quia licet ordo vocationum sit requisitus pro forma, ex quo est requisitus per dictionem dummodo*: con tanto: *est forma modalis, quae non resolvit in totum, sed obligat ad observantiam::::: ut vel sic solùm annulletur, quod contra ordinem fuerit attentatum.*

PARTE QUARTA.

EN QUE SE FUNDA QUE LOS HIJOS NATURALES Y los descendientes dellos no pueden suceder en los Mayorazgos, de que se trata, especialmente mientras hai descendientes legitimos del Fundador.

41. TODO quanto se ha dicho y fundado contra Don Juan de Orozco, milita con superioridad de razon para con Don Juan Maria Lobillo, que se dice ser su Nieto natural: lo primero: porque es constante que en virtud de la facultad Real pudieron ser excluidos los naturales; (78) y consta de la fundacion que efectivamente lo fueron. (79) Y lo segundo: porque habiendo descendientes legitimos del Fundador no pueden suceder los naturales aun en Mayorazgos fundados del tercio, y en virtud de la Ley de Toro; ni se citará Autor alguno Regnicola, que tal diga; pues aunque el natural sea hijo del ultimo poseedor, debe suceder el descendiente legitimo del Fundador siempre que lo haya, aun siendo transversal respecto del ultimo poseedor: (80) y esto sin embargo de que sean expresamente llamados los naturales; porque el Fundador no tiene facultad de llamarlos sino en defecto de todos sus descendientes legitimos; y asi mientras hubiere alguno destos, no pueden succeder los hijos naturales: para lo qual basta leer la Ley de Toro, en que no nos detenemos, porque no parece necesario.

42. Bien lo ha conocido Don Francisco Maria Lobillo, y por tanto no ha hecho la pretension à nombre de Doña Ramona su Muger, sino al de su hijo Don Juan Maria Lobillo: pero no por eso ha mejorado de causa; porque la ilegitimidad de la Madre siempre perjudica al hijo.

43. El Señor Castillo (81) trató largamente la question de si se hayan de admitir ò no à los Mayorazgos de España los hijos y descendientes de los hijos naturales, quando estos, si vivieran, no serian

(78) D. Roxas de Almansa *disp* 2 *q*. 3. *num*. 36. D Castillo *lib*. 5. *contr*. *cap*. 82. *num*. 45.
(79) Memorial ajustado num. XXII. (80) Andres de Angulo *ub*. *sup*. *glos*. 9. *num*. 4: *Itaque si decedat ultimus possessor relicto filio naturali, qui in defectu legitimorum sit capax, & vocatus: iste excludetur à legitimo proximiori Collaterari respectu ultimi possessoris, dum tamen ab institutore descendat. Et est ratio, quia descendentes naturales non possunt vocari in praejudicium legitimorum, ut praecipit textus. Solùm possunt praeferri ascendentibus, & collateralibus institutoris: non tamen collateralibus ultimi possessoris, qui ab institutore descendant.*
(81) *Lib*. 5. *cap*. 103. *per totum*: *signanter à num*. 11.

serian admitidos à ellos; y resuelve que no deben serlo en todos los casos, en que su Padre ò ascendiente natural no podria suceder, si viviese: con que si Don Francisco Maria Lobillo por el mismo hecho de hacer la pretension à nombre de su hijo, confiesa que su Muger, que vive, no puede suceder, debe confesar tambien que le obsta la misma inhabilidad à Don Juan Maria Lobillo. Los fundamentos del Señor Castillo son muchos y mui graves. Y se reducen en compendio à que todos los descendientes del hijo natural provienen de raiz infecta, y quando se excluye una persona, ò se le prohibe que suceda, se entienden excluidos ò prohibidos de suceder todos los descendientes della; porque los hijos no deben ser de mejor condicion que sus Padres, y ninguno puede ser admitido à la sucesion, sin que el grado precedente sea sucesible: que el medio impertinente impide el transito à los extremos, y el principio y origen vicioso se deriba à los descendientes: que no puede haber mas derecho en el causado que en la causa: que no solo milita la misma sino mayor razon de exclusion en el Nieto, que en el Hijo; y sería un absurdo que el Padre ò Madre, que estan en grado mas cercano, se excluyesen, y el Nieto ò Nieta, que son mas remotos, se admitiesen: y finalmente que excluida la Madre, no puede suceder el Hijo, porque no puede venir à la sucesion sino como imagen della.

44. Contra esto se opone un argumento mui fuerte en la apariencia, pero en la realidad tan debil, que se desvanece por sì mismo. En los Mayorazgos de simple masculinidad (se dice) està excluida la Madre, y sin embargo sucede el Hijo: pero como esto en aquella especie de Mayorazgos es conforme à la voluntad del Fundador, que asi lo quiso y dispuso; se arguye de un caso conforme à ella a otro resistido expresamente por el mismo Fundador: del mismo modo que si para suceder en un Mayorazgo regular, se arguyese con lo que està dispuesto en otro de rigorosa agnacion. Los Fundadores de los de simple masculinidad llamando al varon de hembra, quieren por consiguiente que suceda aquel y no esta: y aunque no hagan el llamamiento en estos terminos, ha de ser asi forzosamente, por ser conforme à la naturaleza de los tales Mayorazgos: pero quando se excluye al hijo natural, no solo no se puede presumir en el Fundador voluntad de que sucedan los descendientes del excluido, sino todo lo contrario, y para ello militan los fundamentos, que van propuestos; porque aunque los tales

 des-

descendientes sean legitimos respecto del natural, son naturales respecto del Fundador.

45. Tambien se arguye con que el hijo natural no se puede decir raiz infecta, porque en España gozan los hijos naturales de los honores y preeminencias de sus Padres, llevan las armas y blason, y conservan la casa y familia en falta de los legitimos: pero en este argumento se procede con la equivocacion de suponer que quando los AA. dicen que los descendientes del hijo natural proceden de *raiz infecta*, entienden por estas palabras *raiz manchada*, *origen infame ò ignominioso*: lo qual no es asi; porque la *raiz infecta* no significa en aquella frase otra cosa que *tronco ù origen excluido*. Esto se comprueba reflexionando que lo mismo se dice en algunos casos de los descendientes legitimos de los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, sin que por eso se entienda que los tales hijos son infames, ò tienen algun vicio, ò macula, que los deshonre ò haga incapaces de suceder por esta causa; (82) porque quando se les excluye, es en consequencia de la voluntad de los Fundadores: y sobre todo quantos AA. Españoles han tratado la materia, se han explicado con las mismas voces, y no serà justo que se varie de lenguage en los Tribunales, porque à Don Francisco Maria Lobillo le parezca mala aquella locucion, ò quiera que nos expliquemos en otros terminos. Ni es razon detenerse en las palabras, quando *todos están conformes* en que no pudiendo suceder el hijo natural, no pueden tampoco suceder sus descendientes, aunque estos sean legitimos y de legitimo matrimonio.

46. Digo que *todos están conformes*; porque no veo Autor alguno natural destos Reynos, que haya escrito lo contrario. Siendo tantos los que han tocado la question, (83) uniformemente sientan que excluido el hijo natural, se entienden excluidos tambien todos sus descendientes, aunque sean legitimos: ò que no pudiendo suceder aquel, si viviera, tampoco pueden suceder estos. Dirà Don Francisco Maria Lobillo, que el Señor Castillo cita muchos AA. por la opinion, que favorece à su hijo Don Juan: (84) pero si se reconoce con cuidado aquel lugar, se hallarà que los cita para

(82) D. Diego Antonio Yañez Fajardo *in tract. de legitim. per subseq. matrim. n.* 340: ibi: *advertendumque est, quod ubi sic legitimati* (per subsequens matrimonium) *non faciunt deficere conditionem, nec eam deficere facient eorum filii legitimi & ex legitimo matrimonio nati ut precedentes* ex radice infecta. (83) Roxas de incomp. *part.* 1. *cap.* 6 *num.* 77. & 110. Aguila eius Addictionator *num.* 65. & 105. D. Solorzano de iure Indiarum *tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 17. *num.* 23. D Vela *disert.* 49. *num.* 58. Merès de maioratu *p.* 2. *q.* 2. à *num.* 31. Noguerol *allegat.* 9. *n.* 26: & *locis citatis alios plurimos invenies.* (84) D. Castillo *loc. sup. cit. num.* 2.

para otra especie tan diversa, como es, que el Abuelo puede legar, ò instituir por heredero al Nieto del hijo ilegitimo, y por lo mismo previene en otra parte, (85) que de todos aquellos AA. solo hai tres, que conduzgan al proposito de la opinion contraria, y son el Cefalo, Francisco Beccio, y Guido Pancirolo; y que los demas hablan en terminos, que no se pueden acomodar a la sucesion de los Mayorazgos, sino à las Capellanias, Beneficios, &c. y entre estos comprehende à Juan Gutierrez, que tratando del patronato de una Capellanía defiende que pueden suceder en èl los hijos legitimos de los naturales: (86) y es de notar que solo se resolviò en aquel caso el juicio posesorio, quedando reservado el de propiedad: que uno de los Jueces, que conocieron de aquel pleyto, y fue el unico, que puso providencia en quanto à la propiedad, determinò contra el hijo legitimo del hijo natural: y siempre hai distinta razon para la sucesion en los Beneficios y Capellanias, que para la de los Mayorazgos, como à mas del Señor Castillo notò el Señor Solorzano. (87) Sobre todo es de notar, que Juan Gutierrez en aquel caso escribia como Abogado del descendiente legitimo del hijo natural; y es notoria la diferencia, que hai de las obras escritas para la enseñanza publica, en que los AA. proponen sus propios sentimientos, à aquellas, en que como Abogados defienden los derechos de sus clientes, en que muchas veces se abrazan opiniones singulares, y se sostienen mas que con la razon con el afecto y el calor de la disputa. Por eso merecen poco credito las alegaciones desta clase. (88)

47. En otra question de la misma naturaleza de la presente, que pocos dias hace se decidiò en este Tribunal à favor del descendiente legitimo del Fundador, contra el hijo natural del ultimo poseedor (sin embargo de estar legitimado por Rescripto) y contra un hijo legitimo del natural, se citaba por los Defensores deste à Don Geronimo de Molina y Guzman, ya por lo que dijo à favor de los naturales; y ya porque se creia haber fundado el derecho de los hijos legitimos destos: pero sin razon en una y otra parte. La question que suscita aquel Autor, (89) es si se entiende excluido el

(85) Ibid. num. 28. (86) Gutierrez *cons. 3. num. 13.* (87) *Loc. sup. cit. num. 24.*
(88) Leonardus Gutierrez de la Huerta de compens. *lib. 1. q. 6. num. 34. Qua propter ego difficili adhaereo, nec unquam adhaerendum est (nisi fundamenta sint luce meridiana clariora) his, qui scripserunt in causis, quas tuebantur, quia nequeunt habere animum liberum ab affectu, ut ceteri scriptores, nec humana exutum affectione.* D. Juan Francisco de Castro *en sus consejos criticos sobre las Leyes lib. 3. disc. 2.* versic. *estos dos modos.* Y en el disc. 5. versic. *no entran en este numero.* (89) Veritat. 5: *an filius naturalis censeatur exclusus à succesione maioratus ex eo, quod non habeat expressam vocationem.*

el hijo natural de la sucesion del Mayorazgo, en que no es expresamente llamado: y ya se vè que sea la que fuere la resolucion desta question, precisamente ha de ser inconducente para nuestro caso, en que los hijos naturales están excluidos con repeticion. Aun estrecha mas Don Geronimo de Guzman los terminos de su question: (90) pues solo habla en el caso, en que el Fundador no llamò à sus hijos con el aditamento de *legitimos*: de que se infiere que en su opinion basta para excluir à los naturales el llamamiento de hijos legitimos. Es verdad que añade tambien (91) que si se debe admitir el hijo natural à la sucesion del Mayorazgo (à falta de hijos legitimos) mucho mejor se admitirà el hijo legitimo de natural: pero quando esto fuera mui fundado, en nada favoreceria à Don Juan Maria Lobillo; pues Don Geronimo de Guzman procede en el caso de que deba admitirse à la sucesion el hijo natural à falta de descendientes legitimos: y en el caso en question ni debe admitirse el natural, ni faltan descendientes legitimos, pues lo es Doña Salvadora. Todo el fundamento del citado Autor se reduce à que no se puede decir que el hijo legitimo del natural proviene de raiz infecta; porque en España gozan los hijos naturales del honor y nobleza de sus Padres: pero sobre ello repetimos lo que queda sentado al num. 45.

48. Quedan pues à favor de Don Juan Maria Lobillo unicamente los tres AA. Estrangeros Cefalo, Beccio, y Pancirolo, cortisimos auxilios para sostener una opinion sobre la sucesion à los Mayorazgos de España contra el torrente de los Regnicolas, que trataron de proposito la materia à presencia de las Leyes del Reyno, que probablemente ignoraban los Estrangeros. Por la 40. de Toro se mandò: *que siempre el hijo y sus descendientes legitimos por su orden representen la persona de sus Padres aunque sus Padres no hayan sucedido en los dichos Mayorazgos.* Y para evitar algunas dudas y questiones que despues se suscitaron, se declarò y mandò por una Pragmatica del año de 1615. à suplicacion del Reyno junto en Cortes, (92) que en la sucesion de los Mayorazgos, que de alli adelante se fundasen asi por ascendientes como por transversales ò estraños, se sucediese por representacion de los descendientes à los ascendientes *en todos los casos, tiempos, lineas, y personas*, sino es que el Fundador hubiese dispuesto lo contrario. De que se infiere necesariamente que si D. Juan Maria Lobillo hubiera

(90) Ibid. n. 18: *dummodo neque excludantur, neque includantur, nec filii legitimi vocentur.*
(91) Ibid. num. 72. (92) *Ley 14. tit. 7. lib. 5.*

hubiera de suceder en este Mayorazgo, que se fundò despues de la citada Pragmatica, sería representando la Persona de Doña Ramona su Madre: y como la representacion no es otra cosa que la colocacion del hijo en lugar del Padre, que hubiera de suceder si viviera; de aqui es que no puede suceder el dicho Don Juan; porque para este efecto no puede representar à su Madre. La primera conclusion del Señor Molina tratando desta materia es, (93) que solo se ha de conceder la representacion al hijo en el caso, en que pudiera suceder su Padre, si viviera; porque habiendose de deferir la sucesion por representacion de la persona del Padre, se sigue por consequencia que si este no es llamado, ni hubiera de suceder, aunque viviera, no puede ser representado por el hijo. Doña Ramona vive y no puede suceder, como se confiesa: con que tampoco puede ser representada por Don Juan su hijo. Contra esto es inutil el recurso à los Mayorazgos de simple masculinidad, por lo que ya se dijo, y responde el Señor Castillo à este argumento; (94) y en èl mismo pueden verse las soluciones que dà à todos los demàs que se propone al principio del capitulo contra su opinion, y haràn sin duda la principal defensa de D. Juan Maria Lobillo.

49. Todo quanto và expuesto, procede en el supuesto de que no se dudase de la identidad de la persona de Doña Ramona, ni tuviese reparo alguno la declaracion hecha por Don Juan de Orozco à favor della: y en una palabra aunque no hubiese la menor duda en que Doña Ramona fuese hija natural deste: pero la verdad es que no solo se duda, sino que son gravisimos los fundamentos, que se oponen à la filiacion natural. El mismo Don Juan de Orozco declarò, (95) que luego que naciò Doña Ramona fue conducida à la Casa de Niños expositos desta Ciudad: y que la llevò una muger llamada Manuela en compañía del mismo Don Juan: y que segun hace memoria, le parece que la sacò della al dia siguiente la Madre de la misma Doña Ramona: y en este supuesto es inverosimil la partida de bautismo que se ha traido de la Parroquial de San Juan de Acre: lo uno: porque todos los Infantes, que se exponen en la Casa de Niños expositos desta Ciudad, se bautizan en la Colegial de San Salvador: lo otro: porque no es creible que habiendo nacido

I en

(93) *Lib. 3. cap. 7. num. 1: prima igitur conclusio sit in maioratus succesione solùm in eo casu repræsentationem filio concedendam esse, quo eius pater, si viveret, posset in maioratu succedere. Cum enim ea succesio ex repræsentatione personæ parentis deferenda sit, consequens est, ut pater, qui non est vocatus, nec posset, etiamsi viveret, in maioratu succedere, non possit à filio repræsentari.* (94) Loc. sup. cit. num. 22. (95) Fol. 222. del Pleyto. Memorial num. LXII. y siguiente.

en 23 de Enero estuviese por bautizar hasta el dia 9 de Marzo: y sobre todo porque tratando Don Juan de Orozco de ocultar los Padres de Doña Ramona, como prueba el hecho de haberla puesto en dicha Casa, no se le habian de poner despues en la forma que parece de la citada partida, en que se supone hija natural del Don Juan, y de Doña Maria de Rivera y Casaus.

50. Lo que unicamente hai de cierto es que Doña Ramona Madre de Don Juan Maria Lobillo estuvo en la Casa de Niños expositos: pero no consta quien ni quando la sacò della, mas que por la declaracion de Don Juan de Orozco, que supone la sacò su Madre al dia siguiente; en que no merece credito, porque esto se debiò hacer constar instrumentalmente. En los Hospitales ò Casas de Expositos hai y debe haber un libro, en que se sientan las partidas de las entradas de los Infantes, poniendo en ellas no solo el dia, mes y año, sino la hora, en que se expusieron, el sitio en que se hallaron, sus señas naturales, y las que suelen ponerles sus Padres para reconocerlos. (96) Tambien se debe sentar en cada partida el nombre, que se dà en el bautismo al Infante, y la Iglesia donde lo recibe, y à estos libros se dà entera fè y credito. Don Juan de Orozco dice, que à Doña Ramona se le pusieron varias señas: pero no tiene presente las que fueron: con que no hai prueba alguna de la identidad de su persona, la quál no se presume, y debe probarse. (97) Lo primero que debiò haber hecho Don Francisco Maria Lobillo, fue haber traido esta partida de la Casa de Niños expositos, y en ella se veria si Doña Ramona llevò ò no algunas señas: quales fueron estas; y como se comprobaron por la Persona, à quien se le entregò: quando se hizo esta entrega, y si la Niña estaba ò no bautizada: pero despues de todo, nada se adelantaria con la comprobacion de las tales señas, porque ellas son un argumento mui falaz para probar la identidad de la Persona del Exposito. (98)

51. Mas de 35 años corrieron desde el nacimiento de Doña Ramona en 23 de Enero de 1745. hasta que Don Juan de Orozco la reconociò por su hija natural en 18 de Mayo de 1780. Esto lo egecutò 13 dias despues que su hermana Doña Salvadora habia pedido la posesion de los Mayorazgos, y quando ya el mismo Don

Juan

(96) Fr. Thomás de Montalvo en la practica politica y economica de Expositos *part. 2. cap. 3. num. 1.* (97) *Idem ibid. num. 5.* (98) Petrus Greg. *in Syntagmate iuris universi cap. 10. num. 14.* *quod tamen falax est argumentum probationis.* El Licenciado D. Luis Brochero en su *discurso del uso de exponer los Niños* num. 5. in nn: *todas estas señales son debiles probanzas para la filiacion.*

Juan trataba de oponerse à ella, pues à este fin otorgò el poder en 20 del mismo mes de Mayo. En estas circunstancias ¿quièn creerá que procediò de buena fè en declarar por su hija natural à Doña Ramona? El que al tiempo de su nacimiento la puso en la Casa de Niños expositos, y en 35 años no hallò motivos bastantes, ni de honor, ni de conciencia para hacer esta declaracion ¿es creible que los hallase repentinamente luego que se tratò de la sucesion del Mayorazgo? ¿Habrà tampoco quien pueda persuadirse à que un Caballero tan ilustre y distinguido como Don Juan de Orozco, habia de exponer à Doña Ramona, si entonces la tuviese por su hija natural?

52. Lo que es mui facil de creer es el empeño que abrazò repentinamente de oponerse à la posesion de su hermana, y que no pareciendole bastante la contradiccion, que meditaba hacer por sì mismo, le suscitò otro opositor declarando por su hija à Doña Ramona, porque le pareciò que asi quedaba bastantemente habilitado Don Juan Maria Lobillo, à quien llama su Nieto. Tambien es facil creer, que D. Juan de Orozco tiene perdida la memoria; pues preguntado ¿quando otorgò el instrumento de declaracion? respondiò que no tenia presente el dia, mes, ni año, siendo asi que al tiempo desta respuesta apenas habian pasado dos meses despues del otorgamiento. Pero no hai para que ocurrir à presunciones, quando el mismo Don Juan ha confesado la falta de su memoria. Preguntado pocos dias despues de haber otorgado el poder, y pedido la posesion de los Mayorazgos ¿quièn le hablò y aconsejò que lo hiciese? respondiò: que entre los que le aconsejaron saliese à defender su derecho fue uno D. Manuèl Sanchez de Herrera, Contador de Repartimientos: *y que por no tener memoria*, no se acordaba de otros. En vista desto se hace mas estraño que mientras D. Juan de Orozco tuvo firme su memoria, y por consiguiente tendria presentes todas las circunstancias necesarias para declarar ò no à Doña Ramona por su hija natural, no lo hiciese, y pasase à egecutarlo, luego que perdiò la memoria: acaso con igual consejo que el que confiesa tuvo para salir al pleyto.

53. Todas estas reflexiones acreditan el ningun valor del instrumento en que la declarò. Es opinion comun que el legitimado por subsiguiente matrimonio no excluye al sustituto, quando el Padre contrajo el matrimonio en odio del mismo sustituto, y con el fin de excluirlo de la sucesion del fideicomiso: (99) y en el caso

(99) Angelus *in leg. sed est quaesitum ff. de lib. & posth. & in leg. nuper C. de naturalib. lib.* Pusarius *de fideicom. subatit. quaest.* 408. *num.* 73.

de probarse el fraude, sostiene esta misma opinion el Sr. Molina. (100) Y parece que no puede haber mayor prueba de que Don Juan de Orozco procedió, sino engañado, fraudulentamente y con animo de excluir à su hermana y à otros de la Familia de la sucesion del Mayorazgo, que el haber declarado por su hija à Doña Ramona 35 años despues de su nacimiento, y precisamente quando por carecer de memoria, estaba forzosamente olvidado de todas las circunstancias, que era preciso tener presentes para un acto tan serio, grave, è importante, como era introducir en la familia una persona, que él mismo no habia reconocido ser della en tantos años: y sobre todo quando ya Doña Salvadora de Orozco habia pedido la posesion del Mayorazgo, y meditaba oponerse à ella el mismo Don Juan. Ni pueden favorecer à Doña Ramona, ni à su hijo los fundamentos de la opinion contraria en el caso de la legitimacion *per subsequens matrimonium*; porque fuera de ser aquel distinto caso, todos ellos vienen à parar à que aunque el matrimonio se contrahiga en fraude del sustituto, y con animo de excluirlo, siempre es valido, y por consiguiente los hijos quedan verdaderamente legitimados, y gozan de los mismos derechos que los legitimos; pero no sucede lo mismo en otros actos hechos, ò dispuestos en perjuicio de tercero, y con animo de defraudarlo, (101) porque son nulos, ò se revocan.

54. Para persuadir D. Francisco Maria Lobillo la filiacion natural de su Muger, se vale de los instrumentos presentados en autos, y especialmente de la partida de bautismo, y declaracion hecha por Don Juan de Orozco, sobre las quales queda expuesto lo conveniente: y añade que la misma Doña Salvadora en la declaracion, que le pidió, dijo que Doña Ramona era hija de su hermano: pero lo cierto es, que la respuesta que dió, quando se le preguntó derechamente sobre esta filiacion, fue que no le constaba; y solo sabia que la Doña Ramona habia estado en la Cuna; y podia suceder que fuese otra: y como no es de presumir que en un mismo acto digese dos cosas contrarias, es mui creible lo expuesto por Doña Salvadora sobre esta misma declaracion, negando haber dicho lo que el Escribano le supuso en las respuestas à las repreguntas que indebidamente le hizo, y aqui se repite. (102)

55. Don Francisco Maria Lobillo ha pedido se reciba el pleyto à prueba para justificar mas la filiacion natural de su Muger: pero

(100) *De primog. lib. 2. cap. 5. num. 27: & Jusius in Adnot. ad calcem operis num. 8.*
(101) Cyriacus *controversia* 253. à *num.* 1. (102) Memorial num. LXVIII.

pero es constante que nada adelantaría con esta justificacion ; porque todos los medios propuestos para excluir à su hijo Don Juan Maria Lobillo , proceden aún en el caso de que Doña Ramona su Madre fuese ciertamente hija natural de Don Juan de Orozco : y asi no le puede aprovechar la prueba de la filiacion natural; y estamos en el caso de la Ley del Reyno, que manda que: *si alguno razonare alguna cosa en pleyto , y digere que lo quiere probar , si la razon fuere tal que aunque lo probase , no le podria aprovechar en su Pleyto , ni dañar à la otra parte , el Juez no resciba la tal probanza , y si la rescibiere , que no vala.* (103) Aun probada la filiacion natural de Doña Ramona , no podria suceder su hijo al menos en esta vacante ; porque sobre estár excluidos los naturales, hai descendientes legitimos de los Fundadores: y asi es evidente la inutilidad de la prueba , que se solicita. Por todo lo qual espera Doña Salvadora de Orozco se confirme la sentencia del Ordinario: Salva in omnibus T. S. D. C.

(103) Ley 4. tit. 6. del lib. 4. de la Rec.

Està conforme en el hecho.

Montilla.

Dr. D. Bartholomè Romero Gonzalez.